IN PROCESSV EVOCATIONIS Violantis Soler. Por la nullidad.

PArece que deue obtener mi parte, señaladamente en la nullidad que pretende de la citacion. Con presupuesto, que la contraria la obtuuo, para que compareciesse a recebir la demanda en propriedad (procediendo iuxta forum 2. *de rei vendi.*) para el deceno dia, que fue feriado, in honorem Sanctæ Elisabethis. Y con presupuesto que dio la demanda al noueno dia. Y con presupuesto finalmente, que Antonio Fernãdez procurador desta parte, quando comparecio, y dio defensiones, protesto sub indiuiduo de aqsta nullidad, y la quiso auer por repetida adelãte. His inquã in facto ita subductis, parece la nullidad ineuitable, porq procediẽdo el actor iuxta forũ 2. *de rei vendi.* precisamẽte era obligado a dar la demãda el dia señalado, para el qual cito al reo: vt expresse eo foro cauetur in principio, ibi, *Sea proceydo en la manera siguiente, es a saber, q̃ el actor el dia de la citaciõ sea tenido ofrecer, è dar su peticiõ, o proposiciõ*: cũ igitur omnis cõtra for⁹ sit nullitas, præsens insanabilis haberi debet, vel ex soli⁹ omissione formæ eius fori. Lo mismo procede segũ derecho, cuius certissimis regulis attẽtis, aunq la citaciõ verbal die feriata decerni possit, imo & exequi per nunciũ, vel apparitorem semper tamen sub nullitatis periculo referri debet comparitiõ, & petitionis oblatio in diem iuridicam: is est verus sensus *l. fina. C. de ferijs. c. fina. eod. tit. vt ex Bart. in d. l. 1. §. nuntiatio. de noui oper. nun.* docet Lanfranc. *in c. quoniam contra. verbo Citationes, num.* 15. Quamuis ex eodem Lanfranco, Oldrado, Bart. & Rota Romana, Sebastian Vanti. *in tracta. de nullita. tit. de nullitate ex defectu citationis. numer.* 46.

strictius loquutus cum cõmuni, resoluat solã executionẽ citationis (quæ merum factum cõtinere videtur) tollerandam, dia feriata. Neruose tamẽ cõtradicit Greueus ad Gail *lib.1.obs.53. consid.2.n.4.* proferẽs eã sentẽtiã legibus disanã, & a christianismo alienissimã.

Desta theorica parece que auemos de distinguir con Bart. *in l.2 num.4. C.de tempor.appella.* cuius dicta ornat Alexan. *in d.l.1. §. nuntiatio. num.28. ff.de noui oper.nun. & in l.2. §.item si. numer.4. & 5. si quis in ius vocatus.* que o el termino de la citacion es, en el qual se deua comparecer ad aliquid faciendum, puta, ad petitionem recipiendam, o dentro del qual se deua comparecer. En el primero caso, que es el nuestro, quãdo se cita ad certam diem, señalandola por termino, in quo, si fuere feriada, es nulla la citacion, vt si dicatur, decima die: Pero en el segundo, quando se señalan diez dias, o otro termino, intra quem comparere debeat, qualquiera juridico dentro dellos, es habil, vt Bartol. & Alexan. *vbi supra* resoluunt, q̃ en el primero caso, que es el nuestro, si el dia del termino es feriado, la citacion es nulla. Sequitur Horati. Carpan. 1. *par. ad statuta Mediola.c.104.nu.5.& infra.* y por esso suele ser cautela, señalar dia cierto, cum sequentium continuatione, que entonces el primero habilita la citacion, vt ex Baldo commemorat Vanti. *vbi sup.nu.66* Pero quando el termino es vn dia precisso, y aquel es feriado, la citacion es nulla. Y aunque en esto refiera Vancio encuentro de opiniones entre la Escuela de los Legistas, y Canonistas, pero la de los Legistas, que fauorece a esta parte, la aprouo nuestro fuero, estableciendo, que diesse la demanda aquel dia. Y esta nullidad de la citacion vicia todo el processo. Quæcunque enim ipsius nullitas illum inuertit, vt late Vanti. *vbi supra. & D. Regens Sesse exactè decis.59 ex num.18. 1.par. & decis.161. ex num.2. par.2.*

Ni obstan las dudas que V. Señoria ha señalado para escusar aquesta nullidad, a saber es, que esta parte no protesto sub indiuiduo, & specifice de la nullidad de la citacion, y que quando huuiera protestado della, fue vista remitirla por hecho cõtrario: Ya por dar las defensiones: Ya por auer continuado el processo, sin repetir en las diligencias el protesto. Porque a la primera respondo, que el procurador desta parte despues de lo general en sus defensiones, particularmente dixo estas palabras: *Y con protestaciõ expressa, que*

que no quiere, ni entiede el dicho procurador tacita, ni expressamente loar, ni aprouar dicho, y asserto processo, ni la tela de modo de proceder de aquel, ni en aquellos consentir. Et statim infra, *Y assi mismo, y tambien con protestacion expressa, que por lo dicho, y que se dira, hecho, y que se hara por esta parte, no quiere, ni entiende el dicho procurador en y por legitimas recibir a las dichas assertas partes aduersas.* Et iterum. *Y tambie, y assi mismo con protestacion y reserua, de que no quiere, ni entiende confessar, ni hazer confession alguna, ni tal, que tacita ni expressamente aproueche, ni dañe, ni perjudique, &c. y si se hiziere, la reuoca.* Et rursus, *Por quanto dicha asserta demanda ha sido, y es impertinente, general, confusa, y de ninguna manera segun los fueros del presente Reyno procediente. Y porque ha carecido, y carece de las deuidas forma, y solemnidades substanciales de fuero del presente Reyno necessarias, y requeridas, y no es por parte legitima deuidamente segun fuero, dentro del tiempo de aquel, nec tempore debito, ni en el presente asserto processo por parte de dichos aduersantes, ni de alguno, ni el otro dellos se han hecho, ni guardado aquellas cosas, que segun los fueros del presente Reyno, en tales, y semejantes oblaciones de demandas, se deuian, y deuieron hazer y guardar.* Con lo qual manifiesta, y necessariamente quedo releuado esta parte, y pues le dixo a la contraria, que no auia dado la demanda dentro del tiepo del fuero, no tuuo necessidad instruyrla mas. Dolus enim, an virtus, quis in hoste requirat. docuit pulchre Bald. *consi.318. num.2. versi. item protestanti, in 1. quem expendit Tuschus tomo 6. verb. protestatio. conclu.940.* vt generalis quoq; protestatio protestantem tueretur, aduersario de generalitate non opponente.

A la segunda difficultad respondo lo primero, q̃ esta parte de dos maneras excluyo el cosentimiento subsiguiente, por el qual se apartasse del protesto, diziendo, que queria auerle por repetido en todos los actos; y caso que se siguiesse, lo reuocaua. Y aunque es vulgar la regla, que no relieua el protesto, quando es contrario al

hecho,

hecho,porque entonces puede dezirse al que le haze, quod bene cantat, & male ruspat, vt dixit Bald. *consi. 9. num. 1. circa finem. in 1. quod repetit in consi. 183. in 3. & ornat Crauetta consi. 463. num. 18. consi. 624. num. 15. in fine. per tex. in cap. solicitudinem. de appella.* & notatur passim ab Schola Cæsarea *in l. non solum. §. morte. de noui oper. nuntia.* & Pontificia *in c. cum M. Ferrariensis. de constitu.* Pero aquesta regla no se ha de entender indistinctamente, antes bien se deue limitar, que no proceda en nuestro caso, por dos razones y fundamentos. El primero, porque la protestacion quæ respexit futura, futurã quoque pacientiam, & consensum substulit, vt per Barto. *in d. §. morte. & per DD. in d. c. cum M. Ferrariensis. Bald. d. consi. 318. in 1. Præpositus in d. c. solicitudinem. fallen. 6. de appellatio. Decian. consi. 72. num. 38. in 2. Bald. consi. 96. num. 4. in 1.* Licet enim præmissa protestatio nihil releuare intelligatur en las cosas que tienen necessaria cõtrariedad è implicacion por el hecho contrario, q̃ embueluen sea inefficaz aquesta cautela, y sin su embargo se siga el perjuyzio y aprouacion, vt deducit Baldus *consi. 498. num. 1. & 2. in 2.* en dos exemplos. El primero, si protesto de defecto del mandato, y que no entiendo aprouar por actos futuros la persona del procurador, q̃ si en qualquier acto en que se admite por tal, no se repite el protesto, queda aprouado, ex Bart. *in l. Pomponius. §. rati. de procura.* El segundo, quã do se declina la jurisdiccion del Iuez, postmodumque coram ipso comparetur, vix enim tunc præambula protestatio futuros quoq; actus respiciẽs, releuaret. Rota nouissi. *decis. 599. p. 1. Puteus decis. 218 lib. 2.* vbi de magis communi, & extensius *decis. 380. lib. 1.* Pero procede en los susodichos exemplos, o en otros qualesquiere casos, en los quales aya implicacion y contrariedad entre lo protestado, y el acto subsiguiente: Porque como lo vno y lo otro lo gouierna el consentimiento, y aqueste resulta del hecho contrario, no relieua el protesto, antes queda excluydo, vt docet Anchar. *consi. 192. num. 6.* in eo, qui declinat iudicium, & protestatur de iurisdictionis defectu, fideiubet tamen de iudicio sisti, aut de iudicato soluẽdo: manet enim iurisdictio prorogata, quia protestatio habet repugnantiam. Et ex hac ratione generaliter censet Roma. *consi. 179. num. 21.* quamcumque protestationem cessare, & excludi per actũ contrarium ex interuallo factum. Vbi Horatius Mandosi. in Apostilla

ſtilla ver.non adeſſe, plures dat cõcordantes. Pero en lo q̃ ſe compadece, relieua el proteſto, y conſerua el derecho. *c.licet.de elect. c. paſtoralis.de exceptio.l.ſi debitor. quib.mod.pign. ſolui. cum alijs congeſtis per Marcum de Ve in tracta. de proteſtatio. ex num.*31. qui *num.*50. propterea docet, proteſtantem cauere debere, ne tacite, vel expreſſe per actus contrarios recedat a proteſtatione : quia tunc videretur recedere a poteſtatione illam non repetendo. *c.prout. de dolo.c.gratũ. c.inſinuante. de offi. delega. c. cum veniſſet. de teſti. l. ſi ſuſceperit. de iudicijs. c. inter monaſterium. de re iudica.* id quod perpetuum eſt in iure, quod videatur receſſum a proteſtatione per actum contrarium, vt optime explicat Ioan. de Aguſellis de Ceſena *tracta. de poteſta. numer.*3. veluti in concedente vſumfructum, & proteſtante, quod apud eum maneat vſus. *l. per ſeruum.* §. *vſusfructus. de vſu, & habita.* vel in appellante ad Sedem Apoſtolicam, Metropolitano omiſſo, & deinceps ad ipſum recurrente ſub proteſtatione, quod non intendit deſſere priorem appellationem: non enim releuat. *c.ſolicitudinẽ. de appella. d.c.cum M.Ferrarienſis.* duo enim contraria incompatibilia ſunt ad inuicem. *l.*1.*C.de furt. l.*1.§.*hoc ſi alius. ff.quando appellan. ſit. c.maiores.* §. *actuale. verſi.ſed hoc. de baptiſmo. vbi Ioan. de Aguſel.nu.*23. prædictam repetit cautelam, quod caueat proteſtans ab actu contrario proteſtationi. Hæc fuit ſententia Bartoli *in l.qui in aliena.*§.*fi. de acquir. hæredi. & in l. ſiquis in principio teſtamenti. ff. de lega.*3. *& in l. ſi mihi, & tibi.* §. *in legatis. in l. ſi ita ſcriptum, eod. tit. Butrij, & Abbatis.* in proteſtatione præſertim, quæ magis tendit ad conſeruationem iuris proteſtantis, quam in præiudicium alterius, docet Conſtantius Rogerius *de proteſta.* §.*ſecundo videamus, num.*9.

Y quando el proteſto (como en nueſtro caſo) fit per verba generalia reſpicientia directo tempus futurum, entendio Bart. *in d.l. qui in aliena.* §. *fi. & in d. l. non ſolum.* §. *morte.* que quedaua ſaluo el proteſto, declarat Rogerius *d.* §. *videamus ſecundo, num.*10. *&* 11. *per tex. in l. per retentionem. C.de vſur. & in l. ſi ita. de aur. & argen.lega.* Aunque yo ſiempre entiendo, que el releuar, o no el proteſto, cõſiſte en ſer, o no compatible con el acto que ſe ſigue : quod & agnoſcit Rogerius *ſupra num.*17. qui eodem tracta. §. *tertio videndũ num.*16, ex eiſdem Doctoribus reſoluit, que quando el proteſto es contrario al hecho, prout ſonat in facto, non releuat, & tollitur

per

per contrarium factum, subijcit exempla *num.* 17. Alterum ex Butrio, & Panor. *in d.c.cum M.Ferrariensis. & Bart. in l.* 1. *C.de litis contesta.* eius, qui responderet negando, & protestaretur, quod nolebat esse responsum: & sic non obstante protestatione, censeretur lis contestata ob ineuitabilem repugnantiam. Et eius, qui protestatur, quod si responderit libello, respondisse non videatur. Alia exempla ponit Barto. *in d.§.morte. & Ripa in d.c.cum M.Ferrariensis, ex num.* 71.

Pero quando el protesto, y el acto que se sigue pueden compadecerse, y concurrir, no solo preserua el perjuyzio, que sin el se siguiera por el acto immediato hecho incontinenti, pero aun del que se haze ex interuallo. Y aun en este casu entenderia yo, que preserua no solo el protesto per verba directo tendentia in futurum, pero el protesto senzillo, quod iura sint salua: y no solo quando, vt in præsenti, el protesto es compatible con el acto que se sigue. Stant enim bene, & concurrere possunt la nullidad de la citacion, y su reseruacion cõ el protesto, y reseruado el derecho sobre ella, por si fuere, o no cierta la nullidad (que es articulo de derecho, y que no toca a la parte) de sus defensiones, por no ponerse a riesgo de quedar indefensa. Vt securissime hoc casu vtrumque stet, & generalis protestatio futuros quoq; actus comprehendens q̃ salue la nullidad, pues los actos no dizen con ella incompatibilidad, ni repugnantia alguna, pues se van haziendo salua, y reseruada la nullidad, y no van para suplirla. Y no solo en estos terminos, que parecen claros, pero por sola la ambiguedad del acto que se sigue, y la incertidumbre, si es, o no repugnante con el protesto, aquelle relieua, y assegura los derechos protestados. Cum enim possit multipliciter intelligi, componenda est cum actu subsequenti compatibili. Bart. *in d.§. morte. per tex. in l. Nesennius. ff. de neg. gest. d.c.cum M. Ferreriensis. vbi Butri. & Panormi glo. & Bart. in l. vnica. C. de litis contesta. declarat Constantius Roger. in d.§.secundo videamus. num.* 19. *Bald.consi.*400. *in* 5. vbi loquitur in hærede, eodemque creditore hæreditario hæreditatem adunte sub protestatione. Cum enim aditionis actus subsequutus ambiguus sit, & intercedere potuit tanquam hæres, & pro retinendis bonis tanquam creditor, declaratur animus secundum protestationem. Lo mismo es en el caso presente

ſente, y con mayor independencia propuſo eſta parte la nullidad de la citacion, proteſto della, quiſola auer por repetida, proſigue la cauſa por ſi no es releuante, vtrumque compatitur, y ha lugar la nullidad: cùm præſertim in his ſimus, quæ pendent à voluntate proteſtantis. Cardi. Seraphi. *deciſ.*859.*num.*5. *&* 6. & remouet conſenſum ab actu ſequenti quoties reſpicit futurum, & durat cauſa: idem Seraphi. *deciſ.*653.*nu.*5. qui quamuis *deciſ.*1169.*nu.*7. *& deciſ.* 1057.*num.*2. *& deciſ.*502.*num.*3. dicit, in iudicialibus in ſingulis actibus repetendam eſſe proteſtationem, loquitur tamen data incompatibilitate inter eam, & ſequutum actum: ipſa enim ceſſante, concurrere poſſunt, vt per eundem Seraphi. *deciſ.*754.*num.*4.

De donde pues la nullidad de la citacion quedo proteſtada, y es inſanable, etiam parte non apponente in viam iuris, *vt ex glo. in l.*2.*verb. dies feriatus, ff. ſiquis in ius vocatus. & Alex. conſi.*101. *num.*6. *in* 5. *obſeruat Gail lib.* 1. *obſerua.* 53. *numer.* 14. *&* 15. no ſolo con el proteſto, pero ſin el deuia de admitirſe.

Replicò V. Señoria, que la comparicion perinde actat citatum, atque legitima citatio, *ex Clementi. Cauſam.* §. *fin. de electio. Alex. ad Barto. in l. de pupillo.* §. *memineſſe. de noui oper. nuntia. cum alijs per Andræ. Gail, qui de communi obſerua.* 58. *lib.* 1.

Pero es la reſpueſta llana, que no hablaron los Doctores quando la comparicion ſe haze con proteſto, y que aũ entonces la nullidad que reſulta, porque ſe hizo ad diem feſtum, es inſanable, vt docet Græueus ad Gaillum *eadem obſerua.* 58. *in prin. nu.* 3. his verbis: *Limitatur iam concluſio, vt non intelligatur quando citatio eſſet defectuoſa, & nulla ob inhabilitatem tẽporis: eo enim caſu per comparitionem non conualidari, quia citationis nullitas ſuper fauore religionis fundata, per comparitionem ſanari, haud queat, concedit Alexan. Rauden. reſponſ.* 21. *num.* 161. *ſub reſolutione quintæ nullitatis. par.* 1. Id quod perpetuum eſt in quacumque alia nullitate proueniente, ex quo actus iudicialis feſtiuis diebus in honorem Dei expediti ſint, quæ nec partium conſenſu ſubſanari intelliguntur, vt mox conſenſuit Curia Domini Iuſtitiæ Aragonum in proceſſu Don Dionyſij Sanchez Muñoz ſuper iuris firma factorum. Vt vel ex ſolius exceptionis huius nullitatis

tatis simpliciter obiectæ vi, funditus ruat præsens processus, vel sane ex protestatione adeo generali, & exuberanti concepta verbis directo futuros actus omnis contradictionis, & repugnantiæ, cum nullitate protestata, expertes, comprehendente, securissime admittenda videatur nullitas. Sub censura Dominorum meorum.

Michael Pastor.